

LA PROBLÉMATIQUE DU FINANCEMENT DES PROVINCES DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO PAR LES ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT EN DROIT INTERNE ET DROIT OHADA

Par

Maître Abed KAYEMBE NGOY

*Avocat d'Affaires inscrit au tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Kinshasa/Matete
Expert en droit bancaire, OHADA et Recouvrement
Membre de la Chambre de Commerce et de l'Industrie Franco-congolaise
Admis pour mémoire DES, Année académique 2015-2017, Faculté de droit/Université de
Kinshasa*

INTRODUCTION

Le droit est une forêt dit-on, à bon escient. A ce titre, tout le monde (les praticiens et usagers du droit ou les justiciable) peut se tromper sur le droit applicable.

En effet, si dans la forêt naturelle, les usagers recourent à la pratique antique de repères, les praticiens et usagers du droit quant à eux, recourent aux principes légaux ou principes généraux de droit, afin de se conformer à la légalité des textes juridiques par tous, laquelle légalité est le socle de toute société donnée.

En l'espèce, la présente réflexion sur problématique de financement des provinces de la RDC par les Etablissements de crédit en droit interne et en droit OHADA tombe à point nommé, au regard, **d'une part**, du rapport accablant de **l'Inspection Générale des Finances** à travers le lancement de la politique de patrouille financière, et **d'autre part**, de l'état des infrastructures de base calamiteuses des entités administratives décentralisées, en général, et des Provinces de la RDC, en particulier ainsi que leur situation de trésoreire négative ou débitrice pour mauvaise gouvernance de la chose publique « RES PUBLICA ».

Pour parvenir à notre fin, l'auteur du présent article, a fait recours à l'approche analytique, l'examen des textes juridiques internes suivants : la Constitution de la RDC¹, la loi n°13/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances

¹ La Constitution de la RDC en vigueur et spécialement en ses articles 157 à 169, 170 à 180, 195 à 200, 201 et suivants, 220 in fine, 223 et 224.

publiques, spécialement en ses articles 15 et 16, la loi-organique n°08/016 du 07 Octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leur rapport avec l'Etat et les provinces², La loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces³, l'Ordonnance-Loi n°13/001 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des Impôts, droits, taxes et redevances des provinces et des entités territoriales décentralisées ainsi que leurs modalités de répartition⁴, la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, fonctionnement et organisation des Cours et Tribunaux de la RDC⁵, la loi-organique n°011/13 du 11 avril 2013 portant organisation, compétence et fonctionnement, et Compétences des juridictions de l'ordre judiciaire⁶, la loi-organique n°16/027 du 15 décembre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif⁷, la loi-organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle⁸, la

² L'article 1er de la loi-organique n°08/016 du 07 Octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leur rapport avec l'Etat et les provinces sur la décentralisation fixe le champ d'application de ladite loi, conformément à l'article 3 alinéa 4 de la Constitution de la RDC.

³ Les articles 2, 4, 6 et suivants de La loi n°08 /012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces du 31 juillet 2008, Col. 1

⁴ Les articles 1 à 8 de L'Ordonnance-Loi n°13/001 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des Impôts, droits, taxes et redevances des provinces et des entités territoriales décentralisées ainsi que leurs modalités de répartition, listent de manière exhaustive les ressources des Provinces et entités territoriales décentralisées.

⁵ La loi du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce, spécialement en son article 17 de Commerce dispose : « Le Tribunal de Commerce connaît en matière de droit privé : 1. Des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants ; 2. Des contestations entre associés, pour raisons de société de commerce ; 3. Des contestations entre toutes personnes relatives aux actes de commerce, à la concurrence commerciale et aux opérations de bourse ; 4. des actes mixtes si le défendeur est commerçant ; 5. Des litiges complexes comprenant plusieurs défendeurs dont l'un est soit caution, soit signataire d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ; 6. Des litiges relatifs au contrat de société ; 7. des faillites et concordats judiciaires... »

⁶ L'article 118 alinéa 2 de la loi n°13/011 du 11 avril 2013 portant COFCJ dispose : « En cas de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les Cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit.

⁷ L'article 405 al. 1^{er} qui dispose : « A l'installation des juridictions de l'ordre administratif, les affaires relevant de leur compétence et pendantes devant les juridictions de l'ordre judiciaire leur sont transférées, selon le cas, en l'état ».

⁸ Les articles 44 à 51 de la loi-organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitution prévoit le contrôle par action du contentieux de l'inconstitutionnalité reconnu exclusivement au Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, le dixième des Députés ou Sénateurs ainsi que toute personne intéressée à l'exception des actions dirigées contre les traités et accords internationaux sur pied de l'article 48 de ladite Loi-organique et les articles

loi n°003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité bancaire et au contrôle des Etablissements de Crédit⁹, la loi-organique n°18/027 du 13 décembre 2018 portant organisation et fonctionnement de la Banque centrale du Congo¹⁰ ainsi que l'Ordonnance de l'Administrateur Général au Congo portant principes à suivre dans les décisions judiciaires du 14 mai 1886.¹¹

Attendu qu'il sied, en liminaire, de préciser que la loi n° loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 tel qu'il en ressort de l'économie des dispositions finales.¹²

Par ailleurs, en droit OHADA, il a été fait recours à l'AUPSRVE et spécialement en son article 30 de l'AUPSRVE consacrant l'immunité d'exécution forcée contre les personnes morales de droit public interne, à la circulaire n° 015 du 24 Septembre 2016 du Ministre de la Justice et Garde des sceaux relative à l'interdiction de recourir à la procédure d'exécution forcée contre les personnes morales bénéficiaires de l'immunité d'exécution forcée¹³, les arrêts de principe de la CCJA sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public ¹⁴;

52 et 53 de la même loi-organique prévoient quant aux, le contrôle par voie d'exception reconnu aux justiciables, aux juges de fonds et au Ministère Public.

⁹ L'article 2 alinéa 2 dispose : Elle (la présente loi) distingue cinq catégories d'Etablissements de crédit auxquelles s'appliquent des réglementations spécifiques, à savoir : 1. Les banques, 2. les coopératives d'épargne et de crédit, 3. Les caisses d'épargne ; 4. Les institutions financières spéciales et 5. Les Sociétés financières.

¹⁰ L'article 101 de la loi-organique n°18/027 du 13 décembre 2018 portant organisation et fonctionnement de la Banque centrale du Congo dispose: " Le Conseil d'Etat connaît des recours formés contre les actes et décisions de la Banque (BCC) pris dans le cadre de l'exercice de ses missions."

¹¹ Article 1^{er} de l'Ordonnance de l'Administrateur général au Congo-Principes à suivre dans les décisions judiciaires du 14 mai 1886 (B.O, 1886, pp 188 et 189) dispose : « Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une Ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ».

¹² L'article 234 de la Loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques dispose : « Sans préjudice de l'article 232 ci-dessus, la présente loi entre en vigueur dans l'intégralité de ses dispositions, au premier janvier de la huitième année suivant celle de sa promulgation, date à laquelle toutes dispositions contraires seront abrogées ».

¹³ Recueil des circulaires, Instructions et autres actes, Ministère de la Justice, garde des sceaux et droits humains, Décembre 2014 à juin 2016. En effet, par cette circulaire, le Ministre de Justice et garde des sceaux, en sa qualité de Co législateur de l'espace OHADA à rappeler à l'attention de tous les acteurs judiciaires (Magistrats, Avocats, défenseurs judiciaires, Greffiers et Huissiers de Justice) que les exécutions forcées contre les personnes morales de droit public étaient formellement interdites, sous peine, de sanction.

¹⁴ Arrêt n°043/2005 du 7 juillet 2005, aff. Aziablevi Yovo et a. contre Société Togo telecom : Ohadata J-06-32 ; Arrêt N° 024/2014 du 13 mars 2014, Koutouati A. Akakpo Danwodina et dix-huit autres c. société Togo-Port dite Port autonome de Lomé.

Afin de permettre nos lecteurs de s'approprier la présente réflexion, notre présent article scientifique sera subdivisé comme suit : *la définition des concepts clés (I), la problématique proprement dite du financement des provinces de la RDC par les Etablissements de Crédit (II), les incidences juridiques et judiciaires du financement des provinces de la RDC par les Etablissements de Crédit (III) et la juridiction compétente de connaître du litige dudit financement (IV), l'analyse doctrinale de l'auteur et les voies de sortie suggérées (V) et conclusion générale (VI).*

I. DEFINITIONS DES CONCEPTS CLES

Pour s'approprier la thématique abordée dans la présente réflexion, il nous a paru judicieux de définir les concepts clés y afférents soient définis, en vue d'en faciliter sa compréhension par l'ensemble de nos lecteurs.

C'est pourquoi, tour à tour, nous définirons les notions de la problématique et de la circulaire.

1.1. La problématique

Selon le **Dictionnaire Le Robert pratique**¹⁵, la *problématique est l'ensemble de questions posées dans un domaine de la science, de la philosophie, du droit, de la politique.*

En l'espèce, il s'agira pour l'auteur du présent article de réfléchir sur la problématique du financement des Provinces de la RDC par les Etablissements de Crédit, afin d'éclairer la lanterne des banquiers, des usagers de banques, les parlementaires nationaux et/ou provinciaux, les membres du gouvernement central et/ou provincial, les praticiens et usagers de droit, les justiciables et chercheurs de tous les horizons scientifiques sur le risque ou l'exposition juridique, judiciaire et économique-social d'un tel financement au regard du droit interne et en droit OHADA par les Etablissements de Crédit.

Cette notion ayant été amplement définie, dans les lignes qui suivent, nous définirons la notion du financement.

1.2. Financement

Selon Gérard CORNU, le financement s'entend de la réunion des fonds nécessaires à la réalisation d'une opération (*acquisition ou amélioration d'un bien, achat d'un immeuble, rachat d'une société*)¹⁶ moyennant en général le recours au crédit, notion par emprunt.

¹⁵ Dictionnaire le Robert pratique, Dictionnaire français, rédaction dirigée par Alain Rey, 2013, p. 1144.

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition mis à jour, PUF Quadrige, Paris, 2003, p. 398.

Pour l'auteur du présent article, le financement s'entend de manière concise à l'accompagnement sous forme de crédit par les Etablissements de Crédit aux Provinces.

1.3. Etablissements de crédit

Le législateur congolais sans en définir proprement la notion, en donne de manière limitative, les entités visées par ledit concept, il s'agit de : *Les banques, les coopératives d'épargne et de crédit ; les caisses d'épargne ; les institutions financières spécialisées et les sociétés financières.*¹⁷

1.4. La République Démocratique du Congo

Il sied de préciser, d'entrée de jeu, que sans définir proprement parlant la RDC, le Constituant en donne les éléments de description à l'article 1^{er} de la Constitution de la RDC en vigueur en ces termes : « *La République Démocratique du Congo est, dans ses frontières du 30 juin 1960, Un Etat de droit, indépendant, uni et indivisible, social, démocratique et laïc.*

Son emblème est le drapeau bleu ciel, orné d'une étoile jaune dans le coin supérieur gauche et traversé en biais d'une bande rouge finement encadrée de jaune.

Sa devise est « justice-Paix- Travail. »

Ses armoires se composent d'une tête de léopard encadrée à gauche et à droite, d'une pointe d'ivoire et d'une lance, le tout reposant sur une pierre.

Son hymne est le « Débout congolais »

Sa monnaie est « le francs congolais »

Sa langue officielle est le français

Ses langues nationales le kikongo, le lingala, le swahili et le tshiluba. L'Etat en assure la promotion sans discrimination.

*Les autres langues du pays font partie du patrimoine culturel congolais dont l'Etat assure la protection ».*¹⁸

La République démocratique du Congo est un Etat dont la Superficie est de 2 345 409 km². Elle dispose de 26 provinces et une population de 90 millions 794 milles d'habitants.

¹⁷ Article 2 alinéa 2 de la loi n°003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des Etablissements de crédit.

¹⁸ Article 1^{er} de la Constitution telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 in J.O.R.D.C, 52^e année, numéro spécial du 5 février 2011..

C'est un Etat d'Afrique centrale.¹⁹ L'économie de la République démocratique du Congo repose principalement sur l'agriculture et l'exploitation minière (cuivre, cobalt et or).²⁰

1.5. Provinces

Le Constituant sans définir les provinces de la RDC, les a, néanmoins, citées nommément à l'article 2 de la Constitution du 18 février 2006 précitée, tout en revoquant la question des limites à une loi-organique y relative. L'article 2 de la loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces en son article 2 dispose que : « *La province est une composante politique et administrative du territoire de la RDC. Elle est dotée de la personnalité juridique. Elle jouit de l'autonomie de gestion de ressources humaines, économiques ; financières et techniques. Elle exerce, par ses institutions politiques, les compétences qui lui sont dévolues par la Constitution. Elle coopère avec les autres provinces et le pouvoir central dans le cadre de fonctionnement régulier des Institutions.* »

Selon le Dictionnaire Larousse illustré, les provinces sont définies comme étant une division territoriale placée sous l'autorité d'un délégué du pouvoir central.²¹

1.6. Les entités administratives décentralisées

Le Constituant congolais n'a pas non plus défini la notion des entités administratives décentralisées mais s'est contenté de dire qu'elles étaient dotées de la personnalité juridique (*capacité d'agir en son nom propre et d'ester en justice*), jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques.

Et, de les citer de manière exhaustive comme suit : les entités territoriales décentralisées sont la Ville, la Commune, le secteur et la Chefferie²².

Selon Waline, elles correspondent à des groupes humains, liés par la vie en commun sur un même sol : outre l'État, personnification juridique de la communauté nationale.²³

¹⁹ <https://atlasocio.com/etats/fiches/c/congo-rdc.php>, consulté le 09 février 2022 à 17 heures 13'.

²⁰ Idem.

²¹ Dictionnaire *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Edition Larousse 2010, 2011, p. 830.

²² L'article 3 alinéa 2 de la Constitution de la RDC dispose : « Ces entités territoriales décentralisées sont la ville, la Commune, le secteur et la Chefferie ».

²³ J. WALINE, *Droit administratif*, 27^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2018, p.88.

1.7. La Constitution

Selon Dictionnaire Le Petit Larousse illustré, c'est l'ensemble des textes fondamentaux qui établissent la forme d'un gouvernement, règlent les rapports entre gouvernants et gouvernés, et déterminent l'organisation des pouvoirs publics.²⁴

1.8. La Loi

Selon le petit Larousse illustré, la loi s'entend de la prescription établie par l'autorité souveraine de l'Etat, applicable à tous, et définissant les droits et les devoirs de chacun.²⁵

1.8.1. La loi organique²⁶

Selon le petit Larousse illustré, la loi-organique : c'est une loi qui précise l'organisation des pouvoirs publics établis par la Constitution.²⁷

1.8.2. L'édit

C'est la loi adoptée par l'Assemblée Provinciale suivant l'économie de l'article 7 alinéa 2 de la loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.²⁸

1.9. Le principe général de droit

L'article 38 du Statut de la CIJ dispose : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;
- c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

²⁴ Dictionnaire Le Petit Larousse illustré, *op. cit.*, p. 240.

²⁵ Ibidem, p. 596.

²⁶ L'article 2 de la loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.

²⁷ Dictionnaire Le Petit Larousse illustré, *op. cit.*, p. 596.

²⁸ L'article 2 de la loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces

1.10. La circulaire

Selon le **Dictionnaire le Petit Larousse illustré**, la circulaire est une lettre, avis administratifs, professionnels ou diplomatiques tirés à plusieurs exemplaires pour communiquer une même information à plusieurs personnes.²⁹

Selon le **Dictionnaire Robert Pratique**³⁰ la circulaire s'entend d'une lettre administrative reproduite en plusieurs exemplaires et adressée à plusieurs personnes à la foi.

Quant à **Gérard CORNU**, Docteur, la circulaire du latin *curcularis*, est une instruction adressée par un supérieur hiérarchique au personnel placé son autorité et qui, destinée à guider l'action des fonctionnaires et agents dans l'application des lois et règlements, ne contient en principe aucune décision à l'égard des administrés, c'est une mesure d'ordre intérieur, non susceptible de critique contentieuse devant les tribunaux que, par ailleurs, elle ne lie pas.

La circulaire réglementaire qui, contrairement au sens ci-dessus, comporte des dispositions juridiques propres concernant les droits des administrés et qui comme telle tombe sous le contrôle du juge.³¹

Pour le professeur **Félix VUNDUAWE te PEMAKO**, la circulaire est définie étant comme un document émanant des Ministères et des chefs hiérarchiques, qui donnent **l'interprétation des lois**. Ainsi, une circulaire peut expliquer par exemple certains termes d'une loi pouvant prêter à confusion. A proprement parlant, la circulaire interprétative, poursuit-il, sont des simples mesures d'ordre intérieur par opposition à la circulaire réglementaire qui, elle, est véritablement source ou règle du droit.³²

Pour le professeur **YUMA BIABA Louis**, les circulaires administratives sont l'ensemble des instructions à l'adresse des agents d'un service public quant à la façon dont ils doivent mettre en œuvre une législation ou une réglementation déterminée et commentent, interprètent, explicitent, à leur intention le contenu de ces dernières.

²⁹ Dictionnaire Le Petit Larousse illustré, *op. cit.*, p. 204.

³⁰ Dictionnaire Le Robert Pratique, *op. cit.*, p. 247.

³¹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 151.

³² F. VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Éditions Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 174-175.

Le même doctrinaire congolais poursuit-il, en soutenant que dans la pratique, il est fait la distinction entre les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires.

Les premières circulaires dites interprétatives visent uniquement à faire circuler l'information à l'intérieur d'un service, d'en assurer la coordination ou de faciliter le travail des agents, en indiquant par exemple des mesures ou précautions à prendre.

La particularité de ces circulaires interprétatives est qu'elles n'emportent ni création de règle de droit, ni modification de l'ordonnement des normes juridiques existantes.

Par contre, les circulaires réglementaires s'insèrent dans l'ordonnance des normes auxquels sont soumis d'abord les destinataires de la circulaire, ensuite, les tiers qui en subissent les conséquences. Elle ajoute à la réglementation en vigueur des normes juridiques nouvelles, elle est considérée comme un véritable règlement et les administrés peuvent s'en prévaloir ou l'attaquer par voie de recours pour excès de pouvoir.

Et, de conclure que la circulaire réglementaire est un véritable règlement qui, non seulement s'impose à l'administration elle-même et aux administrés, mais aussi, doit-elle répondre à l'ensemble des conditions de légalité (principe de la légalité) des actes administratifs unilatéraux.³³

Quant à l'éminent professeur du droit administratif, **Clément KABANGE NTABALA**, Avocat près la Cour de Cassation et Conseil d'Etat, les circulaires sont des prescriptions par lesquelles le chef de service donne à ses subordonnés son point de vue en ce qui concerne la façon de la loi (ou le règlement) doit être interprétée et exécutée. Comme telles, il s'agit donc essentiellement des mesures internes aux administrations et leur portée juridique varie selon qu'on l'envisage vis-à-vis des fonctionnaires ou vis-à-vis des particuliers.

A l'égard des fonctionnaires, poursuit-il, les circulaires ont un caractère obligatoire. Ceux-ci doivent se conformer à l'interprétation donnée par leur supérieur hiérarchique et suivre les directives reçues. C'est la conséquence du devoir d'obéissance hiérarchique du fonctionnaire vis-à-vis de son supérieur hiérarchique.

³³ L. YUMA BIABA, *Manuel de Droit administratif général*, éditions CEDI, Kinshasa, 2012, pp. 57-61.

En contrepartie, les fonctionnaires se voient ouvrir la possibilité d'exercer, le cas échéant, le recours pour excès de pouvoir contre les circulaires.

A l'égard des particuliers, c'est tout différent. En effet, le Professeur **Clément KABANGE NTABALA**, poursuit son développement, en affirmant qu'à l'égard des particuliers, les circulaires n'étant que des actes interprétatifs et non décisives comme les arrêtés, elles ne peuvent produire aucun effet juridique, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent créer ni droit ni obligation à l'endroit des particuliers.³⁴

Ceux-ci (les particuliers) ne sont nullement liés par l'interprétation de l'Administration, qui par ailleurs, perd de valeur dans le cas où interviendrait une interprétation juridictionnelle. Mais en contrepartie, les particuliers ne sont pas admis d'attaquer des circulaires ni à en demander l'annulation, ainsi qu'ils en ont la possibilité à l'encontre des actes administratifs, règlements et décisions des autorités centrales ou locales.

Et, de conclure, en résumé, que les circulaires n'ajoutent aucun élément de légalité, mais sont, en revanche source d'obligation hiérarchique au sein de l'Administration. Ce n'est que dans la mesure où elles ajoutent à la loi ou au règlement, qu'elles obligent aussi les particuliers. Les circulaires réglementaires se caractérisant ainsi, par le fait qu'elles dépassent la simple interprétation pour ajouter quelque chose à la loi ou à l'ordonnance juridique en créant des dispositions nouvelles.³⁵

C'est que l'auteur du présent ouvrage s'est préoccupé à analyser et à donner, aux uns et autres, les moyens de droit à faire pour faire respecter la loi fondamentale socle des droits et libertés individuelles et collectives garantis à tous.

Ce premier point ayant été amplement abordé, nous allons dans les paragraphes qui suivent, passer en revue les conséquences juridiques en format rétroactes de la circulaire réglementaire n°002 du juin 2019 du Premier Président de la Cour de Cassation relative à l'interdiction des autorisations des saisies-arrêts et saisies-conservatoires par les Présidents des Tribunaux de Commerce.

³⁴ C. KABANGE NTABALA, *Droit administratif*, Tome 1, Université de Kinshasa, édition PUK, Kinshasa, 1997, pp. 20-22.

³⁵ Ibidem, p.21.

Ce premier ayant été suffisamment abordé, nous allons dans les lignes qui suivent analyser la problématique proprement dite du financement des provinces de la RDC par les Etablissements de Crédit.

II. LA PROBLÉMATIQUE PROPRESMENT DITE DU FINANCEMENT DES PROVINCES DE LA RDC PAR LES ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT EN DROIT INTERNE ET EN DROIT OHADA

La présente réflexion a le mérite non négligeable d'être une étude pionnière en la matière mais aussi et surtout, de ressortir, les problèmes ou questions tenant entre autres : à la non-conformité flagrante entre la Constitution de la RDC en vigueur (la loi fondamentale) et la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques (A) ; à la faiblesse de la Cour Constitutionnelle censée filtrer et censurer toutes les lois adoptées par les deux chambres parlementaires avant sa promulgation par le Chef de l'Etat dont la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques querellée (B) ; au mutisme des édits provinciaux en matière de financement intérieur pour les besoins des provinces tel que prescrit à l'article 204 points 7 de la Constitution de la RDC en vigueur (C), au risque de non-conformité d'engagement des Provinces par les gouverneurs des provinces ou de nullité, de détournements des fonds, ainsi que d'insolvabilité (D) ; la gestion du portefeuille impayé des Provinces (PPE) (E), à l'immunité d'exécution et mesures d'exécution forcée contre les personnes morales de droit public (dont les saisies judiciaires, fiscales ou parafiscales, et/ou mises à l'index) (F) ; à la compétence juridictionnelle du juge congolais compétent pour trancher ou statuer tout litige pouvant naître dudit financement (G).

A. La première problématique : La non-conformité flagrante entre la Constitution de la RDC et la Loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques

La première problématique née de la non-conformité de l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques avec les dispositions impératives, d'ordre public et constitutionnel des articles 201 et suivants.

En l'espèce, l'article 205 de la Constitution de la RDC en vigueur dispose : « Une Assemblée provinciale ne peut légiférer sur les matières de la compétence exclusive du pouvoir central. Réciproquement, l'Assemblée nationale et le Sénat ne peuvent légiférer sur les matières de la compétence d'une province. (...)».

L'article 204 de la même constitution de la RDC en vigueur dispose expressément : « Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, les matières suivantes sont de la compétence exclusive des provinces :

1. Le plan d'aménagement de la province ;
2. La coopération interprovinciale ;
3. La fonction publique provinciale et locale ;
4. L'application des normes régissant l'état civil ;
5. Les finances publiques provinciales ;
6. La dette publique provinciale ;
7. Les emprunts intérieurs pour les besoins des provinces ;
8. La délivrance et la conservation des titres immobiliers dans le respect de la législation nationale ;
9. L'organisation du commerce frontalier ;
10. L'organisation et le fonctionnement des services publics, établissements et entreprises publiques provinciaux dans le respect de la législation nationale ; et
(.....) » ;

Qu'au regard de la pertinence des articles 204 et 205 de la Constitution de la RDC en vigueur, la matière des finances publiques provinciales et les emprunts intérieurs pour les besoins des provinces relèvent de la compétence exclusive de l'Assemblée provinciale et l'Assemblée nationale ni le Sénat n'ont compétence à légiférer dans pareille matière, encore qu'en l'espèce, il n'y a eu, aucun édit provincial de 25 provinces plus la Ville de Kinshasa donnant mandat ou une telle délégation de pouvoir.³⁶

Pour rappel, l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques dispose en substance :

« Le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée prévoient et exécutent leurs budgets en équilibrant leurs charges courantes par des ressources internes, à l'exclusion du produit des emprunts intérieurs, des dons et legs intérieurs projets, du remboursement des prêts et avances, et, le cas échéant, des subventions affectées à des projets ou activités spécifiques, mais y compris les ressources extérieures de dons et legs courants.

Ils ne peuvent emprunter, chaque année, une somme supérieure au montant de leurs investissements.

³⁶ Article 205 alinéa 3 de la Constitution de la RDC en vigueur dispose : « Pareillement, une Assemblée provinciale peut, par un édit, habiliter l'Assemblée et le Sénat, à légiférer sur des matières de la compétence exclusive de la province. Lorsque l'Assemblée Provinciale met fin à la délation de pouvoir ainsi donné à l'Assemblée Nationale et au Sénat, les dispositions des lois nationales promulguées en des matières de la compétence exclusive des provinces, en vertu de cette délégation du pouvoir, demeurent cependant en vigueur dans la province intéressée jusqu'à ce qu'un édit provincial les ait réglées. »

Ils ne peuvent emprunter qu'auprès des institutions nationales financières non bancaires.

Aucun emprunt ne peut être souscrit en devise, ni directement, ni indirectement, à l'exception, le cas échéant, de ceux souscrits par le pouvoir central pour lui-même ou pour la province ou l'entité territoriale décentralisée. »

Ce que l'article 15 de la loi relative aux finances publiques querellé pose le principe intangible du recours à l'emprunt (*intérieur ou extérieur*) par le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée **qu'auprès de seules Institutions nationales financières non bancaires, telles que le FPI** (*à lire à cet effet, les alinéas 2 et 3 de l'article 15 de la loi relative aux finances publiques*) mais également auprès des microfinances exerçant en RDC distinctes des banques commerciales par rapport à leur forme juridique et matelas financier, tout comme auprès des institutions financières internationales (BDEGL³⁷, BAD³⁸, BM³⁹, FMI⁴⁰).

A travers cette disposition d'ordre public, les banques commerciales agréées exerçant en RDC ou étrangères sont exclus d'accompagner l'Etat congolais, les Provinces ainsi que les entités territoriales décentralisées.

Cependant, dans la pratique bancaire congolaise, les provinces ou démembrement de l'Etat ou encore Institution politique telle que le Senat et l'Assemblée nationale bénéficient du financement des Banques commerciales, en marge de la disposition pertinente de l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques précitée.

La première question pertinente à se poser dans le cadre de la présente réflexion quel est le sort des contrats de prêt signés entre les banques commerciales agréées et les provinces de la RDC, cas de la Ville-Province de Kinshasa ?

Nous y reviendrons au point relatif à la position doctrinale de l'auteur.

Cette première problématique abordée dans les lignes qui suivent, nous analyserons la problématique relative à la faiblesse de la Cour Constitutionnelle d'avoir donné un avis de conformité à la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques et spécialement son article 15 querellé.

³⁷ Banque de Développement des Pays de Grands Lacs, en sigle BDGL, dont la RDC est actionnaire de premier plan.

³⁸ Banque Africaine de Développement.

³⁹ Banque Mondiale.

⁴⁰ Fonds Monétaire International.

B. La deuxième problématique : la faiblesse de la Cour Constitutionnelle relativement à la promulgation de la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques et spécialement son article 15 querellé

En effet, aux termes de l'article 160 de la Constitution de la RDC disposant en substance : « *La Cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi (...)* ».

L'article 43 de la loi organique N° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle dispose quant à lui que : « la Cour connaît de la constitutionnalité des traités et accords internationaux, des Lois, des actes ayant force de Loi, des édits, des Règlements intérieurs des chambres parlementaires, du Congrès et des Institutions d'Appui à la Démocratie ainsi que des actes règlementaires des autorités administratives ».

Il ressort de ces dispositions précitées qu'en amont, la Cour Constitutionnelle, saisit à l'initiative selon le cas, **du Président de la république, du Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou des sénateurs**, par un contrôle à priori de la conformité de la loi ou actes ayant force de loi à la Constitution, se prononce **par voie d'avis**.

En l'espèce, comment expliquez la nette violation de l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques précitée par rapport aux articles 204 et 205 de la Constitution de la RDC en vigueur précitée ?

La question qui mérite donc d'être posé est celle-ci : Quel est le sort juridique de l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques précitée manifestement non conforme aux articles 204 et 205 de la Constitution de la RDC en vigueur, qui a été pourtant, sanctionné d'un avis de conformité de la Cour Constitutionnelle⁴¹ pour sa promulgation par le Président de la République en date du 13 juillet 2011 ?

Qu'aussi quels sont, d'une part, les effets juridiques assortis à l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques précitée et d'autre part, quels sont les mécanismes juridiques actuels pour faire échec à une telle disposition inconstitutionnelle par les Provinces ou les banques

⁴¹ Il sied de noter qu'aux termes de l'article 223 de la Constitution de la RDC, il est expressément disposé que : « *En attendant l'installation de la Cour Constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, la Cour Suprême de Justice exerce les attributions dévolues par la présente Constitution.* »

commerciales agréées partenaires stratégiques de notre ère, surtout, avec la politique du gouvernement central de bancarisation ?

Nous y reviendrons au point relatif à la position doctrinale de l'auteur.

Notre deuxième problématique amplement développée, nous allons dans les lignes qui suivent examiner, la problématique du mutisme des édits provinciaux en la matière.

C. La troisième problématique : Le mutisme des édits provinciaux en matière de financement intérieur pour les besoins des provinces tel que prescrit à l'article 204 point 7 de la Constitution de la RDC en vigueur

Il est d'un triste constat fait devant l'Assemblée provinciale de Kinshasa et des autres provinces de la RDC, qu'aucun édit provincial n'a été pris à ce jour, en matière de financement (emprunt) intérieur pour les besoins de la province, tel que prescrit à l'article 204 point 7 de la Constitution de la RDC précitée.

Que face à ce mutisme du législateur provincial pourtant compétent, quelle attitude à prendre par les provinces, les banquiers, les usagers et praticiens de droit face à l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques précitée ?

Nous y reviendrons au point relatif à la position doctrinale de l'auteur.

Que troisième problématique ayant été suffisamment introduite et développée, nous allons dans les lignes qui suivent, examiner la problématique ci-dessous.

D. La quatrième problématique : Le risque de non-conformité d'engagement des Provinces par les gouverneurs des provinces ou de nullité, de détournements des fonds et d'insolvabilité

Il sied d'entrée de jeu de rappeler que la loi n° loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 tel qu'il en ressort de l'économie de l'article 243 pré-rappelé.⁴²

En outre, L'Assemblée provinciale **est l'organe délibérant de la Province**. Elle délibère dans le domaine des compétences réservées à la province et

⁴² L'article 234 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques dispose : « *Sans préjudice de l'article 232 ci-dessus, la présente loi entre en vigueur dans l'intégralité de ses dispositions, au premier janvier de la huitième année suivant celle de sa promulgation, date à laquelle toutes dispositions contraires seront abrogées.* »

contrôle le Gouvernement provincial ainsi que les services publics provinciaux et sociaux.⁴³

Cette affirmation constitutionnelle d'organe délibérant de l'Assemblée provinciale est corroborée par l'article 204 de la même Constitution de la RDC en vigueur.

Aussi, il y a lieu de rappeler que la loi n° loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 tel qu'il en ressort de l'économie des dispositions finales.⁴⁴

De nos jours, dans la pratique bancaire congolaise, il est d'un triste constat de voir que, certains de crédits alloués aux Provinces leurs sont directement octroyés sans préalablement requérir l'autorisation **par voie d'avis de l'Assemblée provinciale ni de son Bureau**, avant d'engager ladite Province vis-à-vis des Etablissements de crédit.

Pis, en marge de l'article 15 de la loi n° loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, certains de ses emprunts auprès des banques commerciales agréées les sont, au-delà du montant du coût des investissements des projets, et libellés en devise étrangère, principalement en USD.

Comme si cela ne suffisait pas, les financements intérieurs des provinces, à l'état actuel de la pratique bancaire congolaise, sont octroyés également auxdites provinces, en l'absence des lois des finances publiques provinciales ni des états budgétaires de trois précédents exercices, à l'instar, de la conditionnalité bancaire faite aux sociétés commerciales et autres organisations privées, de produire des états financiers afin de s'assurer de leur capacité réelle d'endettement par rapport aux ressources réalisables ou aux investissements sollicités.

Au regard de ce qui précède, Est-ce que pareil financement des provinces : est légal ou une turpitude des Etablissements de Crédit ?

⁴³ L'article 197 de la Constitution de la RDC en vigueur dispose : *L'Assemblée provinciale est l'organe délibérant de la province. Elle délibère dans le domaine des compétences réservées à la province et contrôle le Gouvernement provincial ainsi que les services publics provinciaux et locaux.*

⁴⁴ L'article 234 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques dispose : « *Sans préjudice de l'article 232 ci-dessus, la présente loi entre en vigueur dans l'intégralité de ses dispositions, au premier janvier de la huitième année suivant celle de sa promulgation, date à laquelle toutes dispositions contraires seront abrogées.* »

En sus, n'y a-t-il pas lieu de craindre, le risque de détournement de fonds et/ou d'insolvabilité des provinces pour surendettement ?

Sur ce point, nous invitons, nos lecteurs de se procurer notre ouvrage intitulé : « *les obligations du banquier en droit interne et droit OHADA.* », pour mieux appréhender l'étendue de la responsabilité des Établissements de crédit en cas de financement *contra legem* (contraire à la loi) et au-delà de la capacité d'endettement.

Nous y reviendrons sur la position doctrinale du présent auteur dans les lignes qui suivront.

Cette quatrième problématique étant amplement développée dans les lignes qui suivent, nous analyserons la gestion du portefeuille impayé des provinces.

E. La cinquième problématique : La gestion du portefeuille impayés des Provinces (Personnalité Politique Exposée, PPE en sigle)

Au cours de notre modeste expertise de banquier, à la tête de la Direction juridique, contentieux et recouvrement au sein d'Afriland First Bank CD SA (2009-2014), nous avons la charge de recouvrer les créances allouées à l'Assemblée nationale pour l'achat des véhicules « NISSAN PATROL » aux députés nationaux de la première législature.

C'est dans ce cadre précis que nous avons compris le pourquoi la classification de l'Assemblée nationale et des députés nationaux dans le portefeuille de personnalité politique exposée, PPE en sigle.

Nous recommandons, une fois de plus, nos lecteurs de s'approprier notre ouvrage intitulé : « *Les techniques de recouvrement des créances bancaires dans l'espace OHADA* » afin de s'approprier la notion de portefeuille PPE précitée et surtout, les techniques de recouvrement appropriées contre la catégorie des débiteurs en les livres des Etablissements de Crédit.

Dans la pratique bancaire congolaise, le crédit donné aux personnes politiques exposées dont les provinces sont les plus souvent provisionnés en fin d'exercice, sauf recourt préventif, de souscription préalable d'assurance.

Nous y reviendrons sur le point la position doctrinale de l'auteur.

Cette cinquième problématique ayant été succinctement abordée, nous allons dans les lignes qui suivent analyser les mesures d'exécution forcée possibles contre les provinces et l'immunité d'exécution prévue à l'article 30 de l'AUPSRVE.

F. La sixième problématique : Les mesures d'exécution forcée contre les personnes morales de droit public (les Provinces) et L'immunité d'exécution

Selon Gérard Cornu, les mesures d'exécution forcée s'entendent de celles découlant d'une exécution d'une convention ou d'un jugement imposée au débiteur sur sa personne ou sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent, et, au besoin, de la force armée, en observant les formalités prescrites par la loi. Cette exécution forcée peut s'effectuer en nature sauf si elle est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.⁴⁵ Le Doyen Kalongo Mbikayi de renchérir : « *l'exécution forcée aura lieu soit en nature, soit par équivalent, le débiteur étant dans ce dernier cas tenu de payer des dommages-intérêts.* »⁴⁶

Selon l'auteur du présent article, les mesures d'exécution sont l'ensemble des mesures contraignantes prises contre un débiteur de mauvaise foi par son débiteur tendant à donner, à faire ou à ne pas faire.

Et dans le cas sous examen, c'est l'ensemble des mesures contraignantes visant à contraindre le débiteur à rembourser sa dette contractée dans le contrat de prêt auprès des Etablissements de crédit, son créancier.

Par ailleurs, il faut rappeler qu'en tant que telle l'exécution forcée obéit à des conditions comme le rappelle le Professeur KALONGO MBIKAYI⁴⁷. Cependant, elle n'est susceptible d'être déclenchée que sous certaines conditions.⁴⁸ Notamment, l'exigibilité de la créance ; la mise en demeure préalable ; l'absence d'une cause d'exonération de l'obligation à charge du débiteur ; l'existence d'un titre exécutoire.⁴⁹

Parmi les mesures d'exécution susceptibles à être prises par le créancier contre son débiteur défaillant, il y a entre autres : les saisies judiciaires (*saisie-attribution, saisie-immobilière, saisie-conservatoires*) et plus spécialement, en matière bancaire, il y a la mesure à l'index contre le débiteur insolvable sur pied de l'Instruction n°13 de la Banque Centrale du Congo.

⁴⁵ Gérard Cornu et Association Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 12^{ème} édition mise à jour, Paris, PUF, p.935.

⁴⁶ KALONGO MBIKAYI, *Droit civil*, Tome I, Les obligations, Kinshasa, Editions CRDJ, S.d., p. 123

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

Nous recommandons utilement nos lecteurs de se procurer notre ouvrage intitulé « *Quid du juge de la mainlevée de la mesure de la mise à l'index de la Banque Centrale du Congo sous l'ère du droit OHADA ?* », afin de mieux s'approprier du contour de la notion de mise à l'index ainsi que ses incidences juridiques.

Pour ce qui est du cas sous examen, il sied de préciser qu'avec l'adhésion de la RDC dans l'espace OHADA, soit au 12 septembre 2012, il est disposé expressément à l'article 30 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE que : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.* »

Qu'aussi, la circulaire n°015 du 24 septembre 2016 du Ministre de la Justice et garde des sceaux précitée, a clairement disposé en substance ce qui suit : « Faut-il ici rappeler que la République démocratique du Congo étant, depuis le 12 septembre 2012, partie au Traité relatif à l'OHADA du 17 octobre 1993, tel que révisé le 17 octobre 2008, les règles du droit uniforme doivent, sur son territoire, être observées scrupuleusement par tous les acteurs de la justice, à savoir : les magistrats (du siège ou du parquet), les avocats, ainsi que les greffiers et huissiers de justice.

Ceci étant, j'invite ardemment, chacun de vous, à instruire les acteurs de la justice œuvrant sous votre autorité, à observer scrupuleusement les règles du droit OHADA relatives à l'exécution contre les entreprises du portefeuille de l'Etat et à éviter, sous peine de sanction, d'ordonner l'exécution forcée ou à poser des actes de procédure tendant à obtenir cette exécution forcée contre les bénéficiaires de l'immunité d'exécution ».

C'est du reste, la Cour Commune de Justice et arbitrage, CCJA en sigle, qui a disposé par arrêt de principe n°043/2005 du 7 juillet 2005, Aziabevi Yovo et a. c. société Togo télécom⁵⁰ ce qui suit : « En énonçant dans son alinéa 1^{er} le principe selon lequel il ne peut y avoir d'exécution forcée, ni de mesures conservatoires contre les personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution et envisageant dans son alinéa 2 la possibilité d'opposer la compensation aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, l'article 30 pose le principe général de l'immunité d'exécution au profit de ces personnes, la compensation qu'il est possible de leur opposer ne pouvant s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité qui leur profite ».

⁵⁰ Ohadata J-06-32. Code vert, OHADA 2018, p. 3002.

C'est qu'à l'état actuel de notre droit positif congolais, qu'en dépit de l'existence réelle d'une dette documentée dans un contrat de prêt à charge des provinces, les Etablissements de crédit sont dépourvus des actions coercitives contre celles-ci, sauf de faire application de l'article 30 alinéa 2 disposant : « Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité (...) », aux fins de procéder aux compensations conventionnelles, légales, judiciaires ou de fait (plano) selon le cas.

Nous y reviendrons au point relatif à la position doctrinale de l'auteur.

Cette sixième problématique ayant été largement abordée, nous allons dans les lignes qui suivent analyser notre dernière problématique relative à la compétence juridictionnelle du juge congolais en cas de litige né du financement des provinces.

G. La septième problématique : La compétence juridictionnelle du juge congolais compétent pour statuer sur tout litige pouvant naître dudit financement

Avant d'analyser cette dernière problématique, il y a lieu de définir succinctement le concept litige et acte de commerce afin d'en faciliter l'appréhension par nos lecteurs de tous les horizons scientifiques.

Par litige, il faut entendre un différend ou conflit considéré dès le moment où il éclate comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage, entre autres modes de solution des litiges (renonciation), indépendamment de tout recours à la justice étatique.⁵¹

Par acte de commerce, il faut entendre celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire.⁵²

Aussi, aux termes de l'article 17 de la loi n°002-2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce, il est

⁵¹ G. CORNU et H. ASSOCIATION CAPITANT, Vocabulaire juridique, 12^e édition mise à jour, Quadriga, PUF, 2018, p.1322.

⁵² Article 3 de l'AUDCG : « L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. ».

expressément disposé : « *Le Tribunal de Commerce connaît en matière de droit privé : 1. Des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants ; 2. Des contestations entre associés, pour raisons de société de commerce ; 3. Des contestations entre toutes personnes relatives aux actes de commerce, à la concurrence commerciale et aux opérations de bourse ; 4. des actes mixtes si le défendeur est commerçant ; 5. Des litiges complexes comprenant plusieurs défendeurs dont l'un est soit caution, soit signataire d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ; 6. Des litiges relatifs au contrat de société ; 7. des faillites et concordats judiciaires...* » .

Ainsi, il ressort de cette disposition que, quelle que soit la personne morale de droit public ou de droit privé ou la personne physique en présence commerçante ou non, le juge commercial est compétent toutes les fois que la matière ou le litige touche à un acte de commerce.

Or, en l'espèce, il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'acte de crédit est une opération bancaire qui, par essence, un acte de commerce par excellence, conformément à l'article 3 de l'AUPSRVE.

La question qui méritait d'être toutefois posée est celle de savoir, si en dépit de la pertinence de l'article 30 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE, les Huissiers de Justice peuvent-ils procéder à la saisie judiciaire (saisie-attribution, saisie-conservatoire, saisie-immobilière) ?

La réponse idoine, est non, car l'immunité d'exécution s'entend comme prérogatives en vertu desquelles un Etat ne peut voir ses biens faire l'objet d'une mesure d'exécution⁵³. C'est du reste, dans ce sens que le Ministre de la Justice et garde des sceaux, Autorité de tutelle des Huissiers de Justice régissant ladite profession a rappelé à leur bienveillante attention ainsi que de l'ensemble des professionnels de justice ce qui suit : « Faut-il ici rappeler que la République démocratique du Congo étant, depuis le 12 septembre 2012, partie au Traité relatif à l'OHADA du 17 octobre 1993, tel que révisé le 17 octobre 2008, les règles du droit uniforme doivent, sur son territoire, être observées scrupuleusement par tous les acteurs de la justice, à savoir : les magistrats (du siège ou du parquet), les avocats, ainsi que les greffiers et huissiers de justice.

Ceci étant, j'invite ardemment, chacun de vous, à instruire les acteurs de la justice œuvrant sous votre autorité, à observer scrupuleusement les règles du droit OHADA relatives à l'exécution contre les entreprises du portefeuille de l'Etat et à éviter, sous peine de sanction, d'ordonner l'exécution forcée ou à

⁵³ G. CORNU, *op. cit.*, p. 1120.

poser des actes de procédure tendant à obtenir cette exécution forcée contre les bénéficiaires de l'immunité d'exécution »⁵⁴.

Les banquiers, huissiers de justice et professionnels de justice sont donc avisés.

III. POSITION DOCTRINALE DE L'AUTEUR.

Pour l'auteur du présent article, il y a lieu de rappeler les principes fondamentaux ci-dessous, afin d'être amplement éclairé sur la solution juridique à recommander aux destinataires de cette œuvre d'esprit que sont les banquiers, les provinces, les assemblées provinciales, l'Assemblée Nationale, le Sénat, le Président de la République, le Premier Ministre, les usagers et praticiens de droit, les professionnels de justice, les corps enseignants, et enfin, les chercheurs scientifiques ou indépendants sur la problématique du financement des provinces par les Etablissements de crédit en droit interne et en droit OHADA.

Le premier principe général de droit à rappeler est le principe de la hiérarchisation de source de droit.

En effet, conformément à ce principe général de droit, la pyramide de source de droit en RDC se présente comme suit :

« Au sommet de la pyramide se trouve la Constitution de la RDC en vigueur (*La loi fondamentale*), suivi des Traités internationaux dûment ratifiés et publiés au Journal officiel, des Lois-organiques (*Lois complétant les dispositions constitutionnelles*), des Lois ordinaires ou actes ayant force de loi, des Actes réglementaires (*dans l'ordre suivant, l'Ordonnance Présidentielle, Décret du Premier Ministre, les Arrêtés Interministériels, les arrêtés ministériels, les circulaires réglementaires*), la jurisprudence, la doctrine et l'équité. »

De ce premier principe, il en découle, son corollaire de l'inopérance des dispositions contraires des sources de droit inférieur sur celles consacrées par les sources de droit supérieur.

Il découle de ce second principe qu'aucune *source de droit inférieur* ne peut aller à l'encontre de la *source de droit supérieur*, moins encore, annuler les dispositions prévues dans la source de droit supérieur.

⁵⁴ Circulaire N°015 du 24 septembre 2016 relative à l'interdiction de recourir à la procédure d'exécution forcée contre les personnes morales bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

Que si pareille extrémité législative ou réglementaire arrivait, *la source de droit inférieur* serait de facto, nul et non avenu (*inopérant*) quant aux droits consacrés par la source de droit supérieur.

C'est pourquoi, dans la pratique législative congolaise, il n'est admis l'annulation ou l'abrogation de source de droit que de même rang ou de rang supérieur sur celle de rang inférieur et non, l'inverse.

Ces deux principes directeurs ayant été rappelés à la bienveillante attention de nos lecteurs, nous nous empressons dans les lignes de répondre aux sept problématiques ci-haut posées.

Pour y répondre, nos lecteurs s'emploieront à lire les sources de droit ci-dessous, dans l'ordre pyramidal rappelé ci-haut :

1. La Constitution de la RDC du 18 février 2006 tel que modifiée et complétée à ce jour, la loi fondamentale, et plus spécialement en ses articles 3, 171, 196, 204 et 205 alinéa 1^{er} disposant respectivement ce qui suit :

Article 3 :

Les provinces et les entités territoriales décentralisées de la République démocratique du Congo sont dotées de la personnalité juridique et sont gérées par les organes locaux.

Elles jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques humaines, financières et techniques.

La composition, l'organisation, le fonctionnement de ces entités territoriales décentralisées ainsi que leurs rapports avec l'Etat et les provinces sont fixés par une loi organique.

Article 171 :

Les finances du pouvoir central et celles des provinces sont distincts.

Article 196 :

Les provinces sont organisées conformément aux principes énoncés à l'article 3 de la présente constitution.

Les subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces sont fixées par une loi organique.

Article 204 :

Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, les matières suivantes sont de la compétence exclusive des provinces :

1. *le plan d'aménagement de la province ;*
2. *la coopération interprovinciale ;*
3. *la fonction publique provinciale et locale ;*
4. *l'application des normes régissant l'état civil ;*
5. *les finances publiques provinciales ;*
6. *la dette publique provinciale ;*
7. ***les emprunts intérieurs pour les besoins des provinces ;***
8. *la délivrance et la conservation des titres immobiliers dans le respect de la législation nationale ;*
9. *l'organisation du petit commerce frontalier ;*
10. *l'organisation et le fonctionnement des services publics, établissements et entreprises publics provinciaux dans le respect de la législation nationale ;*
11. *les travaux et marchés publics d'intérêt provincial et local ;*
12. *l'acquisition des biens pour les besoins de la province ;*
13. *l'enseignement maternel, primaire, secondaire, professionnel et spécial ainsi que l'alphabétisation des citoyens, conformément aux normes établies par le pouvoir central ;*
14. *l'établissement des peines d'amende ou de prison pour assurer le respect des édits en conformité avec la législation nationale ;*
15. *les communications intérieures des provinces ;*
16. *les impôts, les taxes et les droits provinciaux et locaux, notamment l'impôt foncier, l'impôt sur les revenus locatifs et l'impôt sur les véhicules automoteurs ;*
17. *la fixation des salaires minima provinciaux, conformément à la législation nationale ;*
18. *l'affectation du personnel médical, conformément au statut des agents de carrière des services publics de l'Etat, l'élaboration des programmes d'assainissement et de campagne de lutte contre les maladies endémo-épidémiques conformément au plan national : l'organisation des services d'hygiène et de prophylaxie provinciale, l'application et le contrôle de la législation médicale et pharmaceutique nationale ainsi que l'organisation des services de la médecine curative, des services philanthropiques et missionnaires, des laboratoires médicaux et des services pharmaceutiques, l'organisation et la promotion des soins de santé primaires ;*
19. *l'élaboration des programmes miniers, minéralogiques, industriels, énergétiques d'intérêt provincial et leur exécution conformément aux normes générales du planning national ;*

20. *l'élaboration des programmes agricoles et forestiers et leur exécution conformément aux normes du planning national, l'affectation du personnel agricole, des cadres conformément aux dispositions du statut des agents de carrière des services publics de l'Etat, l'application de la législation nationale concernant l'agriculture, la forêt, la chasse et la pêche ainsi que l'environnement, la conservation de la nature et la capture des animaux sauvages, l'organisation et le contrôle des campagnes agricoles, la fixation des prix des produits agricoles ;*
21. *l'affectation en province du personnel vétérinaire, conformément au statut des agents de carrière des services publics de l'Etat; l'élaboration des programmes de campagne de santé animale et l'application des mesures de police sanitaire vétérinaire, notamment en ce qui concerne les postes frontaliers et de quarantaine ;*
22. *l'organisation des campagnes de vaccination contre les maladies enzootiques, l'organisation des laboratoires, cliniques et dispensaires de la provenderie ainsi que l'application de la législation nationale en matière vétérinaire, l'organisation de la promotion de santé de base ;*
23. *le tourisme, le patrimoine historique, les monuments publics et les parcs d'intérêt provincial et local ;*
24. *l'habitat urbain et rural, la voirie et les équipements collectifs provinciaux et locaux ;*
25. *l'inspection des activités culturelles et sportives provinciales ;*
26. *l'exploitation des sources d'énergie non nucléaire et la production de l'eau pour les besoins de la province ;*
27. *l'exécution des mesures du droit de résidence et d'établissement des étrangers, conformément à la loi ;*
28. *l'exécution du droit coutumier ;*
29. *la planification provinciale.*

En vertu du principe de la hiérarchisation de source de droit pré-rappelé, il ne fait donc l'ombre d'aucun doute que la Constitution de la RDC en vigueur, la loi fondamentale par excellence, a expressément et irrévocablement reconnu aux Provinces les prérogatives suivantes :

1° légiférer exclusivement sur les finances publiques provinciales mais aussi, sur les emprunts intérieurs pour les besoins des provinces⁵⁵ ;

2° **la personnalité juridique ainsi que la jouissance à la libre administration et de l'autonomie de leurs ressources économiques,**

⁵⁵ Article 204 points 6 et 7 de la Constitution de la RDC en vigueur précités.

humaines, financières et techniques. (À lire à cet effet, l'article 3 alinéa 1^{er} et 3 de la Constitution de la RDC) ;

A ce titre, la province peut valablement contracter sans s'en référer au pouvoir Central.

3° La compétence exclusive des provinces sur la question des emprunts intérieurs pour les besoins et plus spécialement des Assemblées provinciales (à lire à cet effet, l'article 204 point 7 de la Constitution de la RDC en vigueur)

A ce propos, la Province⁵⁶ est seule entité compétente à juger de l'opportunité ou non d'un tel emprunt ou tel autre et non, le Pouvoir central (Gouvernement, Assemblée Nationale et Sénat) qui en est exclu par la volonté expresse du Constituant congolais.

4° L'interdiction formelle au Pouvoir central (Assemblée Nationale et Sénat) de légiférer sur les matières de la compétence exclusive d'une province telle que définie à l'article 204 de la Constitution de la RDC en vigueur (à lire à cet effet, l'article 205 alinéa 1^{er} de la Constitution de la RDC ;

2. La loi de finance de l'année 2012 en son article 4, de même rang que la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, modifiant les dispositions de l'article 15 querellé en ces termes :

Sans préjudice de ce qui est développé ci-dessus, il sera également aisé pour nos lecteurs de constater que la loi de finances n°12/002 du 20 juillet 2012 pour l'exercice 2012, contrairement à l'article 15 de la loi n°11/011 du 13 juillet 2011 aux finances publiques querellé, spécialement, en son article 4 dispose expressément en substance :

« Le pouvoir central exécute son budget en équilibrant les charges courantes par des ressources internes. Il peut recourir au produit des emprunts intérieurs, des dons et legs intérieurs, aux subventions affectées à des projets ou activités spécifiques ainsi qu'aux ressources extérieures.

Le recours aux avances de la Banque Centrale est strictement prohibé. » ;

En sus, l'article 25 de la Loi des finances n°12/002 du 20 juillet 2012 précitée dispose *in fine* : « La présente Loi prend effet à compter du 1^{er} janvier 2012. ».

Il s'ensuit en toute logique de droit que, La loi de finances n°12/002 du 20 juillet 2012 pré rappelée entrant en vigueur en date du 1^{er} janvier 2012, de

⁵⁶ Article 195 de la Constitution de la RDC en vigueur dispose : « Les institutions provinciales sont : 1. L'assemblée provinciale, 2. Le Gouvernement provincial. »

même rang, avec la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, en son article 4 précité, a modifié les dispositions inconstitutionnelles de l'article 15 de la loi relative aux finances publiques, objet de la présente problématique, en ces termes :

« Le pouvoir central exécute son budget en équilibrant les charges courantes par des ressources internes. Il peut recourir au produit des emprunts intérieurs, des dons et legs intérieurs, aux subventions affectées à des projets ou activités spécifiques ainsi qu'aux ressources extérieures.

Le recours aux avances de la Banque Centrale est strictement prohibé. »

Qu'il ne fait donc l'ombre d'aucun doute de la lecture minutieuse de la disposition de l'article 4 de la loi de finances n°12/002 du 20 juillet 2012 sus-
santée que, ladite Loi a, entre autres, le mérite, non seulement, de corriger la grave erreur de l'Assemblée Nationale et du Sénat d'avoir légiférer à l'égard des Provinces et des entités territoriales décentralisées au mépris des articles 204 et 205 alinéa 1^{er} de la Constitution de la RDC en vigueur, mais aussi, de suppléer à la faiblesse de la Cour Constitutionnelle ayant été distraite par son avis de conformité donné à l'article 15 la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, et en définitive, de sortir les provinces et entités territoriales décentralisées de leur légifération, tout en laissant, au Pouvoir central, la liberté de recourir au produit des emprunts intérieurs sans restriction aucune, ainsi qu'aux ressources extérieures.

C'est d'ailleurs dans ce sens que le Pouvoir Central a eu à contracter par le passé et continue de contracter, en toute légalité, des emprunts auprès de la BAD, des Institutions financières de BrettonWoods (Banque Mondiale et/ou FMI) ainsi que des autres Institutions financières internationales dont la BDEGL.

Qu'au regard de ce qui précède, le droit étant une science logique, l'article 15 de la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques querellé manifestement inconstitutionnel ayant été abrogé ou modifié par l'article 4 de la loi des finances de l'année 2012, il n'existe plus juridiquement une quelconque interdiction aux provinces de recourir à l'emprunt intérieur aux fins de satisfaire besoins de leurs entités, ce, en vertu de l'article 5 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » et de l'adage de droit, ce qui n'est pas interdit est autorisé.

Toutefois, en application de l'article 204 point 6 et 7 de la Constitution de la RDC en vigueur, il sera indiqué aux assemblées provinciales de la RDC de se mettre à l'œuvre afin de doter les provinces des textes légaux en la matière, car dit-on, le mutisme ou silence du législateur est à la base de controverse juridique et d'abus ou d'arbitraire.

Les Présidents des Assemblées provinciales ainsi que les députés provinciaux sont donc avisés par cet article afin de légiférer en matière des finances publiques provinciales et de recours à l'emprunt intérieur pour les besoins des provinces.

Cette épine juridique de l'article 15 n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques n'enlève pas celle de l'article 30 de l'AUPSRVE consacrant l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public interne dont les provinces.

L'auteur du présent article, Associé-Gérant du Cabinet d'Avocats MAK spécialisé en Droit bancaire, Droit des Affaires, Droit Fiscal, recommande utilement aux Etablissements de crédits, eu égard aux textes constitutionnels, législatifs et communautaires sus-évoqués de se munir des garde-fous dans l'accompagnement ou le financement des provinces, notamment, en prévoyant *la condition non négligeable et sine qua non* d'une clause contractuelle de *renonciation expresse et irrévocable à l'immunité d'exécution prévue à l'article 30 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme portant Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'exécution par la personne morale de droit public*, en ce que l'immunité d'exécution est d'ordre privé, avec cette conséquence juridique que son bénéficiaire, en l'occurrence, les provinces peuvent y renoncer.

En sus, l'auteur du présent article recommande utilement aux Etablissements de crédit qui s'intéresseraient à accompagner les provinces, PPE par essence, d'obtenir préalablement les édits provinciaux d'autorisation (en période de session) ou de lettre du Président du Bureau (en période de vacances parlementaires) afin de se prémunir contre toute nullité absolue pour vice de forme.

Enfin, comme à l'instar des sociétés commerciales, de requérir des études du projet à financer, les trois dernières lois des finances publiques provinciales afin de s'assurer de la capacité réelle financière desdites provinces ou capacité réellement d'endettement, sans préjudice, du droit de virer directement les fonds entre les mains des prestataires, entrepreneurs ou concessionnaires afin de réduire autant que possible les marges du détournement des deniers publics. Les Etablissements de Crédits sont donc avisés !

Pour ce qui est de la compétence juridictionnelle du juge congolais en matière du litige naissant à la suite du financement des provinces par les Etablissements de Crédits, c'est le Tribunal de commerce du ressort du défendeur poursuivi ou de la situation de l'immeuble objet d'exécution forcée, conformément à l'article 17 de la loi n° n°002-2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et là où les tribunaux de commerce ne sont pas encore installés, ce sont les tribunaux de grande instance, quel qu'en soit le taux nominal de la créance poursuivie, sur pied de l'article 44 de la même loi n° n°002-2001 du 03 juillet 2001 précitée.

En définitive, nous espérons vivement que les provinces, les assemblées provinciales, l'Assemblée Nationale, le Sénat, le Président de la République, le Premier Ministre, la Cour Constitutionnelle, les banquiers, l'autorité monétaire et régulatrice, la Banque Centrale du Congo, BCC, les usagers et praticiens du droit, les professionnels du droit, les corps enseignants, les chercheurs scientifiques ou indépendants ont été éclairés sur la problématique du financement des provinces par les Etablissements de crédit en droit interne et droit OHADA, à travers la présente réflexion.

BIBLIOGRAPHIE

I. DES TEXTES CONSTITUTIONNELS, LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES ET TRAITES INTERNATIONAUX

- La Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, 52^e année, Numéro spécial du 5 février 2011.
- Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- Le Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993.
- L'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant procédure simplifiée de recouvrement et voies d'exécution, J.O OHADA, n°6, 01/06/1998, pages 1et suivantes.
- L'Acte Uniforme portant Droit Commercial Général du 15 décembre 2010
- La Loi-organique n°13/011 du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.
- La loi-organique n° 13/026 du 15 Octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle.
- La loi-organique n°16/027 du 15 Octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.
- La loi-organique n°18/027 du 13 décembre 2018 portant Organisation et fonctionnement de la Banque Centrale du Congo.
- La loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce.
- La loi n° 003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité bancaire et au contrôle des Etablissements de Crédit.
- La loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux Finances publiques.
- La loi des finances n°12/002 du 20 juillet 2012 pour l'Exercice 2012.
- La Circulaire n°015 du 24 Septembre 2016 relative à l'interdiction de recourir à la procédure d'exécution forcée contre les personnes morales bénéficiaires de l'immunité d'exécution forcée.

II. OUVRAGES ET DOCTRINES

- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition, Puf Quadrige, Paris, 2003, 951 pages.

- KABANGE NTABALA, C., *Droit administratif*, Tome 1, UNIKIN, Kinshasa, 1997, 260 pages.
- KALONGO MBIKAYI, *Droit civil*, Tome I, Les obligations, Kinshasa, Editions CRDJ, S.d.
- Le Petit Larousse illustré, Dictionnaire, édition Larousse 2010, Paris, 1811 pages.
- VUNDUAWE te PEMAKO, F., *Traité de droit administratif*, éd Larcier, Bruxelles, 2007, 957 pages.
- YUMA BIABA, L., *Manuel de droit administratif général*, éditions CEDI, Kinshasa, 2012, 245 pages.